

El trabajo a tiempo parcial y la determinación de la cuantía de la prestación por desempleo (Comentario a la STS –sala 4^a– de 7 de diciembre de 2016)

Part-time work and the determination of the amount of the unemployment benefit (commentary on the STS –ward 4– 7 December 2016)

JUAN LÓPEZ GANDÍA

CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO
UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA

Resumen

El trabajo aborda la protección social del trabajo a tiempo parcial en el sistema español de Seguridad Social, trazando su evolución normativa y jurisprudencial a través de la cual, pese a los avances conseguidos, se ponen de manifiesto todavía algunas carencias en diversos aspectos como la integración de lagunas, y especialmente en materia de desempleo, como la determinación de la cuantía de la prestación contributiva, concretamente en la aplicación de los topes máximos y mínimos y la cuantía de los subsidios asistenciales cuando se trata de esta modalidad contractual, lo que se pone de manifiesto en la sentencia que se comenta.

Abstract

The paper deals with the social protection of part-time work in the Spanish Social Security system, drawing its normative and jurisprudential evolution through which, despite the advances made, some shortcomings are also manifested in various aspects such as integration especially in the area of unemployment, such as the determination of the amount of contributory benefit in the set of maximum and minimum caps and the amount of welfare subsidies when it comes to this contractual modality, which is evidenced in The sentence that is discussed.

Palabras clave

Protección social; trabajo a tiempo parcial; prestaciones de desempleo; pensiones; discriminación indirecta por razón de sexo; mujer; precariedad; periodos de cotización; minijobs; trabajo atípico; seguridad social contributiva; seguridad social asistencial; jornada reducida; Tribunal Constitucional; principio de igualdad; cargas familiares; jurisprudencia comunitaria.

Keywords

Social protection; part-time work; unemployment benefits; pensions; indirect discrimination on grounds of sex; women; precariousness; contribution periods; minijobs; atypical work; social security contributions; social security; reduced hours; Constitutional Court; principle of Equality; family responsibilities; Court of Justice of the European Union.

1. INTRODUCCIÓN. TRABAJO A TIEMPO PARCIAL Y PROTECCIÓN SOCIAL

La aparición y difusión del trabajo a tiempo parcial siempre ha planteado numerosos desafíos e interrogantes en los sistemas de protección social tanto de tipo contributivo como asistencial. Los contratos a tiempo parcial desde el punto de vista de los requisitos contributivos para acceder a las prestaciones pueden adoptar una regulación similar a la del trabajo a tiempo completo o pueden ser objeto de un tratamiento promocional diferenciado en cuanto a la acción protectora y en consecuencia presentar especialidades a la hora de calcular los periodos de cotización exigidos, el plazo en que hay que reunirlos y las bases reguladoras de las prestaciones. Pero también pueden adoptar criterios de proporcionalidad en algunas prestaciones asistenciales destinadas a garantizar un mínimo de renta ante

situaciones de necesidad, como es el caso de los mínimos y máximos de la cuantía de la prestación básica y la propia cuantía de subsidios por desempleo, en los que aplicar un criterio de parcialidad puede ser cuestionable.

Este tipo de trabajo en otro tiempo llamado “atípico” ha experimentado en nuestro sistema de relaciones laborales un crecimiento importante en estos últimos años como vía de salida de la crisis mediante el fomento de “minijobs” involuntarios y sustitutivos de trabajos dignos¹.

A ello se añade que esta modalidad de trabajo atípico precario presenta especiales connotaciones de género en razón de que la mayoría de las personas que lo llevan a cabo son mujeres. Por ello, en el estudio de esta institución y en su regulación se dan cita aspectos de discriminación indirecta y la necesidad de medidas específicas de discriminación positiva. Así ha ocurrido en la forma de determinar las bases reguladoras en casos similares como el supuesto de jornada reducida por conciliación de la vida laboral y familiar a efectos de la prestación básica de desempleo contemplada en la ley de igualdad de 2007 que también afectó a la cuantía de los subsidios en caso de trabajo a tiempo parcial.

El modelo diseñado por el ET de 1995 y por la LGSS de 1994 se basaba en no diferenciar entre trabajo a tiempo completo y trabajo a tiempo parcial sobre la base de que había que alcanzar los periodos mínimos de cotización para acceder a las prestaciones aplicando una misma exigencia, estricta y uniforme, pensando que así se respetaba el principio de igualdad “contributivo”. Sobre esta forma de cómputo de los periodos de carencia y a propósito de la constitucionalidad de la regulación contenida en el art. 12 del ET se pronunciaron las STC 253/2004 de 22 de diciembre y 49/2005 de 14 de marzo que declararon inconstitucional los art. 12.4 y 12.3 respectivamente del ET cuando establecían el cómputo exclusivo sin más de las horas trabajadas.

Las citadas sentencias del Tribunal Constitucional de acuerdo con el principio de igualdad entendido, no como igualdad contributiva, sino desde la discriminación indirecta por razón de género consideraron que era una exigencia desproporcionada computar solo las horas. No es que no jugara el principio de proporcionalidad, sino que tal principio ya se tomaba en cuenta a la hora del cálculo de la prestación, por lo que se trataba de evitar una doble penalización: en la forma de cálculo de la prestación y, además, en los requisitos de acceso a la misma².

La problemática del valor de las cotizaciones a efectos de reunir los periodos de carencia y su constitucionalidad se mantuvo dada la resistencia del ordenamiento y de los tribunales españoles³ a extenderla más allá de los supuestos abordados por las citadas

¹ Véase LÓPEZ GANDÍA, J., “El trabajo a tiempo parcial entre flexibilidad y precariedad laboral” en AAVV, GOERLICH (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Libro homenaje al prof. SALA FRANCO*, Valencia, Tirant, 2016, pp.281-291.

² Idea no compartida por el voto particular de la STC 253/2004 según el cual “la idea de relacionar conceptualmente dos elementos diferentes de la relación de Seguridad Social (“período de carencia” y “base reguladora de la prestación”), para enjuiciar desde el prisma constitucional de la igualdad uno de ellos, no me parece adecuada”.

³ Sobre esta cuestión la doctrina judicial se pronunció en sentido divergente por lo que intervino el Tribunal Supremo en unificación de doctrina desde las sentencias de 10 de julio, 16 de octubre de 2007 sobre IT, 11 de (...)

sentencias, esto es, a otras prestaciones y supuestos, alegando que en ciertos casos ya habría una diferencia de tratamiento en la disposición adicional 7ª de la entonces LGSS y parece que ya bastaba con esa regulación. Pese a lo que afirmaba el Tribunal Supremo lo cierto es que no por ello desaparecía totalmente la discriminación, por lo que la cuestión se encontraba lejos de estar resuelta con carácter general sobre todo en las prestaciones en que no se contemplaba un tratamiento diferenciado y específico para el trabajo a tiempo parcial. Sólo quedaba la vía de un nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional que reafirmara lo dicho en las sentencias de 2004 y 2005 o, en última instancia, la intervención del legislador ordinario mejorando la citada regulación. Y así lo hizo la STC 61/2013 de 14 de marzo. Según el criterio del fiscal y de la letrada de la Seguridad Social el precepto abordado era neutro, igual para hombres y mujeres, como beneficiarios de prestaciones, ignorando que existe una figura jurídica, la discriminación indirecta y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional de 2004. El argumento de la “neutralidad” seguía siendo el principio de estricta proporcionalidad.

La STC 61/2013 toma como canon de enjuiciamiento la doctrina sentada por el mismo Tribunal en relación con el art. 14 CE, en la STC 253/2004 en las dos vertientes cuestionadas y además añade precisiones sobre la discriminación indirecta⁴. De otra parte, la STC de 2013 contaba con el precedente cercano de la STJUE de 22 de noviembre de 2012, *asunto Elbal Moreno*, dictada en relación con la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo derivada del art. 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo. Toma nota de que la STJUE rebate también el argumento meramente contributivo y el equilibrio financiero del sistema, pues los trabajadores a tiempo parcial han pagado cotizaciones dirigidas a financiar el sistema de pensiones y que, en caso de recibir una pensión, su importe se reduciría proporcionalmente en función del tiempo de trabajo y de las cotizaciones pagadas⁵.

Hay que subrayar que el principio de igualdad y el de discriminación indirecta no necesariamente deben aplicarse unidos. Es decir, aun cuando se modificara la composición actual del mercado de trabajo y el trabajo a tiempo parcial fuera realizado en igual proporción por hombres y mujeres, la doble penalización seguiría siendo contraria al principio de igualdad. Mientras la base reguladora tenga en cuenta ya la parcialidad, penalizar el acceso a las mismas con requisitos de carencia más onerosos para los trabajadores a tiempo parcial no sería acorde con el principio de igualdad.

Tras esta sentencia se procedió a dar nueva redacción a la disp. ad. 7ª del TRLGSS por el RDL 11/2013 cuya regulación se ha incorporado al nuevo TRLGSS de 2015 (art. 245-248).

junio de 2008 sobre IP (Rec.3743/05,127/07 y 2706/07 respectivamente y posteriormente y sobre jubilación (STS de 23 de octubre de 2008 (Rec.3289/2007) y 23 de febrero de 2009 (Rec.1299/2008).El Tribunal Supremo se inclinó a favor de doctrina judicial que entendía constitucional la regulación contenida en la disp. ad. 7ª frente a la doctrinal judicial que sostenía que la regulación de la disp. ad. 7ª sería inconstitucional como ya lo era el art. 12. 3 y 4 del ET de 1995.

⁴ STC 240/1999, de 20 de diciembre, FJ 6 y STJUE de 20 de octubre de 2011, *asunto Brachner*, STC 69/2007, de 16 de abril, FJ 3; o STC 198/1996, de 3 de diciembre, FJ 2º; STJUE de 13 de abril de 2010, *asunto Bressol y otros*).

⁵ Véase LÓPEZ GANDÍA, J. “Trabajo a tiempo parcial y valor de las cotizaciones según la reciente sentencia del Tribunal Constitucional (Comentario a la STC 61/2013 de 14 de marzo)” RDS n.61/2013, pp.135-150.

Y de nuevo la regulación no es completa. Y sin embargo, persisten las resistencias del Tribunal Constitucional a llevar su jurisprudencia a nuevas cuestiones relacionadas con el trabajo a tiempo parcial y las prestaciones de Seguridad Social, que han continuado suscitándose después y no han cubierto ciertas lagunas de la regulación de 2013. Si bien es cierto que parecía resuelta la cuestión de los periodos de carencia y que en consecuencia los principios de contributividad, proporcionalidad y equidad se trasladarían de acuerdo con la cotización efectuada desde el acceso a la prestación a su cálculo y cuantía, en este terreno siguen dándose tratamientos discriminatorios. Así, por ejemplo, en el mecanismo de integración de lagunas, donde resulta claramente perjudicado un trabajador a tiempo parcial pues los meses parciales se integran de manera proporcional sobre la base mínima, mientras que, si el trabajador en alta o asimilado al alta no reúne cotización alguna, integra la laguna con base mínima completa. La cuestión se refiere al sistema de integración de lagunas en Incapacidad permanente (art.197 TRLGSS) y en Jubilación (art.209 TRLSS). El art.248.2 TRLGSS para trabajo a tiempo parcial establece en este sentido que “a efectos de calcular las pensiones de jubilación y de incapacidad permanente derivada de enfermedad común, la integración de los períodos durante los que no haya habido obligación de cotizar se llevará a cabo con la base mínima de cotización de entre las aplicables en cada momento, correspondiente al número de horas contratadas en último término”. Ni la jurisprudencia del Tribunal Supremo⁶ ni la del Constitucional (STC 154/2014 de 25 de septiembre) aplicaron los criterios y principios de discriminación indirecta de las sentencias de 2004 y 2005, ni de la STC 16/2013 haciendo prevalecer de nuevo criterios economicistas y algún peregrino argumento en contra como el hecho de que el solicitante fuera un hombre (STC 154/2014)⁷. La sentencia, como subraya el voto particular, además, no barajó otras posibilidades interpretativas, más conformes con el principio de igualdad, como la aplicación de la teoría del paréntesis.

En desempleo se siguieron aplicando reglas propias en orden al cómputo de la cotización previa pues estaba excluido de la disp. ad. 7ª del TRLGSS y del RD 1131/2002 y por tanto día cotizado aun a jornada inferior se computa como día cotizados. A esa regulación reglamentaria remite el nuevo art.245 y 269 del TRLGSS de 2015.

Pero no por ello en esta prestación tal sistema de cómputo a efectos de carencia está exento de dudas de constitucionalidad en la medida en que hace de peor condición al trabajador a tiempo parcial vertical, es decir al que trabaja días enteros pero no todos, sino sólo determinadas semanas o meses del año, a jornada completa o reducida, frente al horizontal, esto es el que trabaja todos los días pero menos horas, aunque la tasa de parcialidad sea la misma.

La cuestión no afecta sólo a desempleo sino también a actos de encuadramiento, cotización y prestaciones. Esta regulación beneficia al trabajador a tiempo parcial que

⁶ TS 23 de marzo de 2006, 31 de octubre de 2007, 30 de enero de 2008, 10 de marzo de 2009 y 26 de enero de 2010

⁷ Véase al respecto las valoraciones del Voto particular de Xiol Rius que comparto.

distribuye su tiempo de trabajo todos los días⁸ pero perjudica al que los concentra en menos días a lo largo del mes, aunque al final las horas trabajadas sean las mismas.

La jurisprudencia en unificación de doctrina se encontraba con el obstáculo del art. 210 LGSS (actual art. 269 del TRLGSS) y el art.3.4 del RPD y no los equipara. Pese a las claras connotaciones de género de esta modalidad contractual y de sus efectos de Seguridad Social, se ha mantenido este cómputo desde el art. 211. 1 de la LGSS, a la regulación actual. Este cómputo, si bien es “neutro” puede constituir una discriminación indirecta, aunque la doctrina judicial no lo haya admitido⁹, argumentando que prolongar el periodo de cálculo más allá de los seis meses, sería ilegal sin modificar el articulado¹⁰.

Pero ello puede contravenir la STJUE de 10 de junio de 2010. INPS contra Tiziana Bruno y Massimo Pettini (C-395/08) y Daniela Lotti y Clara Matteucci (C-396/08). Según la Sentencia al excluir del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir un derecho a pensión los períodos no trabajados, instaura una diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico y los trabajadores a tiempo completo, que vulnera el principio de no discriminación enunciado en la cláusula 4 del Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial.

Otra cuestión que se plantea además en esta modalidad contractual es si la carencia debe interpretarse como días naturales anteriores a la situación legal de desempleo o como días cotizados. Como el art. 269.2. del TRLGSS remite al periodo a que se refiere el apartado 1 del mismo artículo (“periodos de ocupación cotizada”) y por tanto se trata de periodos naturales cotizados, hay que tomar en cuenta un periodo de 180 días naturales¹¹. De optar por la interpretación de adoptar días efectivos de trabajo se percibiría una prestación superior a la de activo¹² al percibirse luego de manera continuada por días naturales.

En relación con la determinación de la base reguladora en desempleo nunca se ha cuestionado lo que establece el art. 270 del TRLGSS, es decir que ha de computarse el promedio de las bases por la que se haya cotizado durante el periodo de 180 días. Es más, como se ha visto más arriba, se utilizaba como argumento para no penalizar la exigencia de los mismos periodos de carencia que a los trabajadores a tiempo completo, para evitar una doble penalización.

⁸ STS 26 de mayo de 1993, 3 de noviembre de 1994, 10 de noviembre de 2010. Sobre esta cuestión véase: CABEZA PEREIRO, J. “Sobre la prestación de desempleo derivada de la pérdida de un trabajo a tiempo parcial” *Aranzadi Social*, n. 6/2000, p. 44, LÓPEZ GANDÍA, J. y TOSCANI GIMÉNEZ, D., “La protección social de los trabajadores a tiempo parcial y fijos discontinuos”, *Albacete, Bomarzo*, 2014, 2^a, p. 44 y BARCELÓN CABEDO, S., “Trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social”. Valencia, Tirant, 2013, p. 136, RIVERA SÁNCHEZ, J.R., “La reforma del acceso a la protección social y el trabajo a tiempo parcial. Un análisis del Real Decreto-Ley 11/2013 de 2 de agosto, RL, n.10/2013, pp. 97-118.

⁹ STSJ Madrid 12 de marzo de 2007 (JUR 215374).

¹⁰ LOUSADA AROCHENA, J.F. y CABEZA PEREIRO, J., “El nuevo régimen legal del trabajo a tiempo parcial”, Granada, 1999, pp. 182 y 183. En sentido contrario, sin embargo, se puede ver, PANIZO ROBLES, J.A., “El trabajo a tiempo parcial y la protección social”, Madrid, 2000, pág. 151, argumentando que podría entenderse que se ha producido una deslegalización de la protección por desempleo de los trabajadores a tiempo parcial cuya determinación queda diferida a las normas reglamentarias.

¹¹ STSJ Castilla-León de 21 de septiembre de 1993, (As.3903).

¹² STSJ Navarra de 10 de abril de 1997 (As.980).

La base reguladora para desempleo en trabajo a tiempo parcial es, por tanto, la base reguladora común propia, sin coeficientes de proporcionalidad o parcialidad añadidos¹³. Es decir, se toma ya sobre unas retribuciones reducidas y, por lo general, proporcionales a la minoración de la jornada¹⁴.

Pero el carácter problemático de la regulación en relación con los trabajadores a tiempo parcial puede extenderse a otros aspectos de la determinación de la base reguladora, a nuestro juicio controvertidos, y concretamente en relación con el art. 270.3 del TRLGSS, cuando fija cuantías mínimas y máximas, como se verá a continuación.

2. LA STS DE 7 DE DICIEMBRE DE 2016

Es muy interesante esta sentencia para abordar las reglas especiales que se contemplan por el ordenamiento a efecto de calcular la cuantía final de la prestación de desempleo una vez se ha determinado la base reguladora y aplicado los porcentajes correspondientes. Se trata de la aplicación de un factor de corrección mediante cuantías mínimas y máximas en función de las cargas familiares, contemplado por la LGSS en su momento, modificado por el RDL 20/2012 y que actualmente se regula en el art.270.3 del TRLGSS de 2015.

Se viene así a introducir un nuevo criterio de proporcionalidad que además plantea problemas a la hora de determinar la base reguladora en aquellos casos en que se combina trabajo a tiempo completo y trabajo a tiempo parcial bien a lo largo de la carrera profesional bien en el periodo de los 180 días, lo que ha llevado a plantear y decidir si la ponderación se debía hacer dentro de los 180 días del periodo de cálculo de la base reguladora o se ampliaba al periodo de seis años en el que se reúne la carencia.

La LGSS antes del RDL 20/2012 en su art.211.3 establecía que “en caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial, las cuantías mínima y máxima se determinarán teniendo en cuenta el salario mínimo interprofesional que hubiera correspondido al trabajador en función de las horas trabajadas”.

La indeterminación o falta de concreción del legislador planteó numerosos problemas interpretativos. Alguna doctrina judicial entendió que en caso de que en trabajo a tiempo parcial en los 180 días hubiera cotizaciones por trabajo a tiempo parcial y por trabajo a tiempo completo para el cálculo de la base reguladora se debía aplicar la del último trabajo, fuera a tiempo completo o a tiempo parcial¹⁵.

Ante la injusticia de aplicar el régimen de trabajo a tiempo parcial a trabajadores que habían trabajado a tiempo completo, salvo un corto periodo de tiempo de trabajo a tiempo parcial, el último, cuando solicitan la prestación, otra doctrina judicial entendía que no cabía ceñirse a este último, sino que había que tomar en cuenta su vida laboral para no llegar a

¹³ SSTSJ Madrid 10 de diciembre de 1998, (As.4383), Navarra 7 de marzo de 1997, (As.969), La Rioja 13 de noviembre de 1997, (As. 3875), País Vasco 2 de junio de 1998, (As.3731), Andalucía 17 de febrero de 2000, (As.1192).

¹⁴ STSJ Navarra 7 de marzo de 1997, (As.969).

¹⁵ STSJ C. Valenciana de 22 de mayo de 2001 (JUR.279173), Sevilla 15 de abril de 1999 (As.3175), Baleares 8 de febrero de 1996 (As.256).

soluciones extremas e injustas, por lo que había que adoptar el promedio correspondiente tomando en cuenta también las que correspondan a trabajo a tiempo completo¹⁶, pese a que la prestación en tal caso pudiera ser superior a la del último trabajo a tiempo parcial cuya extinción originó la prestación.¹⁷ Y caso de que fuera al revés, de que en un trabajo a tiempo parcial la cotización de los últimos seis meses lo hubiera sido a tiempo completo se aplicaba la parcialidad del contrato, pese a la última cotización total¹⁸.

En cambio, un grupo de sentencias¹⁹ entendía que si el trabajo perdido lo fue a tiempo completo, no cabía aplicar topes especiales derivados de parcialidad. O al revés, que cuando se ha cotizado a tiempo completo menos el último o, los últimos días, entonces se considera como trabajo a tiempo parcial a efectos de los topes²⁰. Y también en un supuesto²¹ en que en los 180 días de base reguladora se tomaban en cuenta 88 días a tiempo parcial y 92 a tiempo completo, en el que la parcialidad sólo se aplicó a los topes, pero no en el porcentaje a aplicar a la base reguladora. En un caso similar, en cambio, otra sentencia²² aplicó la tesis de la proporcionalidad a la base, pero no a los topes.

El Tribunal Supremo²³, resolviendo sobre el subsidio por desempleo, pero exponiendo criterios y razones que expresamente hacía extensibles a la prestación contributiva por igual contingencia, interpretó la expresión “en proporción a las horas previamente trabajadas” en el sentido de que había que tomar la parte proporcional de la suma tanto de las jornadas a tiempo completo como de la jornada de trabajo a tiempo parcial y para evitar desembocar en situaciones extremas, entendió que para hallar la parcialidad el cómputo se debía ampliar al periodo de ocupación cotizada, los últimos seis años, pues si la protección pública sustituye o suple los ingresos reales del beneficiario, será necesario admitir que esa “realidad” no es la que tiene lugar en el último momento de actividad, cuyo cese lleva a solicitar aquel auxilio estatal, sino que más bien será la totalidad promediada de horas trabajadas en el tiempo previo a la concesión del beneficio.

En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tomaba en cuenta todos los trabajos desarrollados dentro del periodo de ocupación cotizada para ver cuál predomina, si los de a tiempo completo o los de a tiempo parcial para la aplicación de los topes²⁴. En

¹⁶ STSJ Navarra 11 de enero 2007, (JUR 160220), Madrid 20 de marzo de 2003, (As.3029); 13 de septiembre de 2002, (As.3312), Asturias 17 de octubre de 2003 (As.230/2004), Madrid 19 de diciembre de 1996, (As.4689), 10 de diciembre de 1998, (As.4385).

¹⁷ STSJ Castilla –León 13 de marzo de 2000, (As.1440) y Asturias 20 de julio de 2001, (As.1913).

¹⁸ STSJ La Rioja de 8 de julio de 1994, (As.2873); Cataluña 30 de mayo (As.4232) y 5 de diciembre de 1990, (As. 4399), 3 de noviembre de 1992, (As.548), 5 de marzo de 1993, (As.1506), Valladolid 2 de enero de 1991, (As.333), Galicia 23 de enero de 1991, (As.1540).

¹⁹ A título de ejemplo, STSJ País Vasco 6 de abril de 2004, (As.3078).

²⁰ STSJ Baleares de 8 de febrero y 15 de julio de 1996, (As.256 y 2543); Madrid 5 de febrero, 9 de septiembre, 19 de diciembre de 1996, (As.303, 3519 y 4869), 10 de diciembre de 1998 y 20 de marzo de 2003, STSJ Cataluña de 30 de mayo de 1990, (As.4232).

²¹ STSJ Madrid de 13 de septiembre de 2002 (As.3312).

²² STSJ de Cataluña de 2 de mayo de 2002 (As.2018).

²³ En sentencias de 20 de diciembre de 2002 (RJ 2003/2469) y 3 de junio de 2003 (RJ 5334) que contemplaba el supuesto de una trabajadora que había causado baja cuando trabajaba a tiempo parcial (50 % de la jornada normal) y que tras su cese percibió prestación contributiva por desempleo de 240 días de duración aplicando a su cuantía máxima el límite del 50 % del salario mínimo interprofesional, habiendo solicitado y obtenido después subsidio por desempleo para mayores de 52 años cuya cuantía se cuestionaba.

²⁴ STSJ Aragón de 27 de enero de 1993, (As.104).

relación con las cuantías mínima y máxima, en trabajo a tiempo parcial había que hacer un promedio de todo el periodo de ocupación cotizada²⁵, cuando el que se pierde es un trabajo a tiempo parcial precedido por un trabajo a tiempo completo.

Todavía la STS 2823/2015 de 20 de mayo, (rec. 2382/2014) se remite a lo sentado en las de 2002 y 2003 citadas, aplicando al supuesto la regulación anterior al RDL 20/2012.

Un giro se produjo tras el RDL 20/2012 en el sentido de que ahora se precisa ya claramente que las cuantías máximas y mínimas de la prestación, contempladas en los párrafos anteriores, se determinarían teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el período de los últimos 180 días, a que se refiere el apartado 1 de este artículo, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho período. A los efectos de lo previsto en este apartado, se tendrá en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples mensual vigente en el momento del nacimiento del derecho, incrementado en una sexta parte.

En la exposición de motivos del RDL 20/2012, de 13 de julio, justificando las distintas modificaciones que se abordaban en el mismo, en relación con el desempleo subsiguiente al contrato a tiempo parcial se decía lo siguiente:

“Adicionalmente, se racionaliza el régimen jurídico aplicable al acceso a prestaciones y subsidios por desempleo desde contratos a tiempo parcial, que ha generado una acumulación de incoherencias que resultan en una normativa vigente poco homogénea y que no respeta el principio de equidad y se refuerza la vinculación entre políticas activas y pasivas de empleo”.

Según el nuevo redactado, actual art.270.3 del TRLGSS, habrá de determinarse en función del promedio de las horas trabajadas durante el período de los últimos 180 días que determina el importe de la base reguladora, pero ese porcentaje de parcialidad se habrá de proyectar no sobre la base reguladora, sino sobre los topes máximo y mínimo a que se refiere el precepto, sin que quepa ya tomar en cuenta los periodos anteriores a los 180 días.

Esta reforma legal se ha aplicado sin cuestionamiento por la sentencia objeto de este comentario. Ya se anticipó esta interpretación por alguna sentencia de la doctrina judicial²⁶, pese a la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada, entendiendo por horas trabajadas las realizadas en el periodo anteriormente citado (últimos 180 días), por ser tal interpretación conforme con los términos del apartado 1 del mismo precepto que fija tal periodo de tiempo para el cálculo de la base reguladora y cuantía de la prestación, siendo relevante el dato de que una aclaración en tal sentido se contiene en la posterior redacción del precepto introducida por el RDL 20/2012. Para la STS de 20 de mayo de 2015, en cambio, que el legislador haya decidido modificar la norma en cuestión, y que lo haya hecho para indicar que el porcentaje de parcialidad dependerá exclusivamente de lo que haya sucedido en los

²⁵ STSJ de Madrid de 21 de marzo de 1997, (As.698), Cataluña de 17 de marzo de 1992, (As.1722), Asturias de 17 de octubre de 2003, (As. 2004/230), Castilla-La Mancha de 2 de diciembre de 2003 (As. 508) y Aragón de 14 de junio de 2004 (As. 2594), STSJ Andalucía/Sevilla 16 de julio de 2009 (As 1938).

²⁶ SSJ Murcia de 2T8 de octubre de 2013, rec.227/2013.

últimos 180 días constituyen también una palanca interpretativa no despreciable. Si se lleva una nueva previsión al articulado es porque se ha considerado la misma necesaria, lo que permite suponer que anteriormente las cosas o no eran así, o no estaban claras.

La sentencia del TS de 27 de diciembre de 2016 (rec.3132/2015) acepta sin cuestionamiento la nueva regla introducida por el RDL 20/2012.

El caso partía del recurso de suplicación contra la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Manresa, de fecha 8 de abril de 2014, recaída contra el Servicio Público de Empleo de Empleo Estatal y la Compañía Comida Mexicano S.L. La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 24 de abril de 2015 lo estimó y declaró el derecho de la recurrente a percibir la prestación de desempleo sin reducción del 60 % en razón a haber trabajado a tiempo parcial.

Contra la sentencia dictada en suplicación se formalizó por el Servicio Público de Empleo Estatal recurso de casación para la unificación de doctrina, alegando la contradicción existente entre la sentencia recurrida y la dictada por la Sala de lo Social del propio TSJ de Cataluña de 28 de abril de 2014, así como la infracción del art. 211, 3 y 4, en relación con art. 203.2 y 3 de la LGSS entonces vigente, en relación con el art. 4.1 del Código Civil.

La cuestión como ya se ha señalado consiste en determinar el importe de la prestación contributiva de desempleo que haya de percibir el beneficiario cuando ha mediado un trabajo a tiempo parcial como precedente temporal determinante de las cotizaciones efectuadas con arreglo al mismo, y particularmente el modo de determinar el importe de los topes mínimos y máximos previsto en el número 3 del artículo 211 LGSS de 1994.

El caso enjuiciado partió ya de una cierta confusión, pues el Servicio Público de Empleo aplicó la proporcionalidad, pero el trabajador entendió que la aplicaba a la base reguladora, no a los topes, ya que en la resolución impugnada por la beneficiaria no se precisó tal extremo sino que se indicó sin más que *“al haber trabajado en los 180 días anteriores a la situación legal de desempleo un porcentaje parcial del 60 %, procede la aplicación de ese porcentaje a su prestación por desempleo, en lo referente a la cuantía, según lo establecido en el artículo 211.3 y 211.4 ...”*. Por ello se solicitaba la eliminación del porcentaje reductor por parcialidad aplicado por la Gestora en el 60 %, al entender el beneficiario que se le aplicó a la base reguladora, demanda que fue íntegramente desestimada por el Juzgado de lo Social n.1 de Manresa.

La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, en la sentencia de 24 de abril de 2015 cayó también en la confusión, estimó el recurso y revocó la sentencia de instancia para reconocer el derecho de la actora a percibir la prestación por desempleo sin aplicación del referido porcentaje de reducción sin darse cuenta de que se había aplicado no a la base sino a los topes. Para llegar a tal conclusión la sentencia parte de la literalidad del artículo 211 LGSS, en nueva redacción dada al número 3 por el RDL 20/2012, para afirmar que *“... la prestación contributiva de desempleo está directamente ligada no sólo a un período previo de cotización, sino también a la cuantía de la cotización durante los últimos 180 días, de manera que al realizar el cálculo de la base reguladora y de la prestación ésta ya se ajustará (en proporción al tiempo trabajado) a la cotización real materializada, como ocurre con cualquier otra cotización de quien trabaje a tiempo completo. La ley*

posteriormente tan sólo establece los límites máximo y mínimo de la prestación, pero no establece norma alguna que implique la reducción de la prestación en función de la proporción del tiempo trabajado respecto a la jornada ordinaria en el sector. En definitiva, al calcularse la base reguladora sobre el promedio de lo cotizado, ya se reflejará en dicha base reguladora la reducción de la cotización por tratarse de trabajo a tiempo parcial (...). Si a quien cotiza en cuantía proporcional al salario percibido, se le aplicase otra reducción, se le estaría penalizando doblemente, y ello es contrario al principio de equidad”.

Debe decirse que en el caso que resolvió la sentencia de contraste, en el momento en que se causaron por el beneficiario las prestaciones por desempleo –28 de enero de 2012– aún no se había publicado la reforma que del art. 211.3 LGS introdujo el RDL 20/2012, que entró en vigor el día 15 de julio de ese año, y aunque erróneamente se transcribe en la fundamentación jurídica ese nuevo texto, resultaba aplicable la redacción anterior, argumentándose en todo caso y con carácter general que en las prestaciones por desempleo causadas tras la extinción de un contrato de trabajo a tiempo parcial debe aplicarse ese porcentaje de reducción, tal y como ya se había entendido en otras sentencias de la misma Sala de Cataluña.

Pese a la confusión el Tribunal Supremo apreció la contradicción de manera evidente entre las resoluciones porque ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las decisiones fueron contrapuestas, incluso aplicando la sentencia recurrida la nueva redacción del precepto discutido, el art. 211.3 LGSS. Y lo centró en que la discrepancia se planteó en relación con la determinación del importe de la prestación y aquí es donde se halla la discrepancia entre la sentencia recurrida y la de contraste, al no tener en cuenta que para el cálculo del importe en las prestaciones por desempleo contributivo existen unos topes o límites máximos y mínimos, que no pueden ser ignorados o rebasados y que se regulan en el número 3 del art. 211 LGSS. A partir de ahí entra en juego para el cálculo del importe de la prestación en el caso de la existencia de un contrato de trabajo a tiempo parcial, y como novedad, desde la reforma introducida por el RDL 20/2012 también para los contratos a tiempo completo con periodos trabajados a tiempo parcial, la proporcionalidad a efectos de los topes desde el momento en que la norma establece que *“en caso de desempleo por pérdida de empleo a tiempo parcial o a tiempo completo, las cuantías máximas y mínimas de la prestación, contempladas en los párrafos anteriores, se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples calculado en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo de los últimos 180 días, a que se refiere el apartado 1 de este artículo, ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho periodo”.*

Y casa la sentencia recurrida porque no aplicó adecuadamente este artículo, pues realmente no se produjo esa reducción del 60 %, sino que para el cálculo del IPREM y a efectos del tope máximo de la prestación, sí se tuvo en cuenta esa parcialidad en cumplimiento estricto de lo previsto en el referido número 3 del art. 211 en redacción dada por el RDL 20/2012.

Finalmente, según la sentencia, todo ello no se opone a la cláusula 4 de la Directiva 97/81, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial, en la que se contiene el principio de no discriminación en las condiciones de empleo de los trabajadores a tiempo parcial, que no podrán ser tratados de una manera menos favorable que los trabajadores a

tiempo completo comparables, precisamente porque la actividad que llevan a cabo durante un número de horas o de días inferior a un trabajador a tiempo completo. A su juicio no resulta contrario al principio de igualdad de trato el establecimiento de tales topes legales para el percibo de las prestaciones y la consecuencia de que tengan un techo o un suelo diferentes, acordes precisamente con la actividad y en proporción a la misma, opción normativa basada precisamente en esa diferencia, en esa ausencia de elementos comparables que desembocan en un trato diferente a la hora de fijar las condiciones del percibo de las cantidades máximas o mínimas, pero no discriminatorio sino objetivamente justificado, cuando además, la previsión de llevar a cabo el cálculo de referencia en función del promedio de las horas trabajadas durante el periodo de los últimos 180 días, se refiere tanto a los supuestos de pérdida de empleo a tiempo parcial como a los de a tiempo completo.

Desde le punto de vista meramente juridico-positivo el razonamiento y la solución interpretativa que defiende la sentencia no va más allá de la aplicación del actual art.270.3 del TRLGSS deshaciendo el entuerto y la confusión creada por la Sentencia del TSJ recurrida, que no interpretó correctamente la resolución del Servicio Público de Empleo. No obstante, no se plantea, como sí lo hizo la STS 2823/2015 de 20 de mayo, (rec. 2382/2014) ya citada –si bien quizás *obiter dicta*–, si esa interpretación es la que más se ajusta a la normativa y jurisprudencia comunitaria, pues la STJUE 14 abril 2015 (C-527/13, Cachaldora Fernández) ha subrayado también la necesidad de proceder a una aplicación de los preceptos sobre derechos de quienes trabajan a tiempo parcial en sintonía con las reglas que disciplinan el sistema nacional de Seguridad Social. Corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar los requisitos que confieren derecho a las prestaciones en materia de Seguridad Social, aunque con el lógico respeto al Derecho de la Unión. Entiende la sentencia que la interpretación ahora acogida es precisamente, la que corresponde con el Derecho español aplicable al caso, pero también la que mejor garantiza los objetivos constitucionales de no discriminación (art. 14 CE) y protección ante situaciones de desempleo (art. 41 CE), ambos asumidos por el propio ordenamiento europeo, en particular respecto de los trabajadores a tiempo parcial (artículo 4 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social).

Tampoco se plantea si la existencia de la proporcionalidad de los topes en caso de trabajo a tiempo parcial a aplicar a la base reguladora es conforme, como dice la sentencia, a la cláusula 4 de la Directiva 97/81. Al contrario, cabría más bien alegar que seguimos estando ante una discriminación, al tratarse de un complemento de prestación de tipo asistencial que va más allá de la determinación inicial de la base reguladora. No parece suficiente justificación para proporcionalizar los topes que la cuantía de la prestación pudiera ser superior al salario del empleo a tiempo parcial que viene a suplir, pues de lo que se trata ahora de un incremento que tiene finalidades asistenciales en función de las cargas familiares que no son menores por el hecho de que se haya trabajado a tiempo parcial.

Creemos que ocurre lo mismo que con la propia prestación asistencial de desempleo, en la que en caso de trabajo a tiempo parcial la cuantía es proporcional a las horas previamente trabajadas, lo que no parece coherente con la finalidad asistencial del subsidio. Solo durante la vigencia de la ley de igualdad 3/2007 de 22 de marzo que modificó el art. 217.1 de la LGSS la cuantía fue la misma que en un trabajo a tiempo completo, esto es, el 80 % del IPREM, sin la aplicación, por tanto, de proporcionalidad alguna en función de la

parcialidad. No obstante, tras el RDL 20/2012 se ha vuelto a un criterio de estricta proporcionalidad: la cuantía se percibirá en proporción a las horas previamente trabajadas en los supuestos previstos en los apartados 1.a), 1.b), 3 y 4 del artículo 274 de la LGSS (art.278 LGSS). Y lo mismo ocurre con los topes de la prestación básica en caso de trabajo a tiempo parcial tras la citada norma, aunque cabría haberla cuestionada ya en la regulación anterior al RDL 20/2012.

Creemos, por tanto, y a modo de conclusión, que la protección social del trabajo a tiempo parcial todavía presenta varios agujeros negros: la forma de aplicar la integración de lagunas, la diferente forma de computar los periodos de ocupación cotizada entre trabajo a tiempo parcial vertical y horizontal, el juego de los topes mínimos y máximos de la prestación por desempleo, tal como se acaba de ver en este comentario y la cuantía proporcional del subsidio asistencial. En esos cuatro puntos creemos que cabe discutir si el ordenamiento español respeta la Directiva comunitaria 97/81. A nuestro juicio, no es conforme a la misma, ni tampoco a la propia jurisprudencia constitucional española y a la comunitaria que se ha visto más arriba.